

GIACOMO D'ANGELO

Un'ipotesi sull'origine del *non usus*

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LV
(2012)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaup@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

M. MARRONE, Per il centenario degli <i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i>	I
GAIO: PROFILI CONCETTUALI E MODELLI DIDATTICI. Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca (Palermo, 20 marzo 2012).	
M. AVENARIUS, L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio.	9
C. BALDUS, I concetti di <i>res</i> in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del <i>praetor urbanus</i>	41
M. BRUTTI, Gaio e lo <i>ius controversum</i>	75
G. FALCONE, Osservazioni su Gai 2.14 e le <i>res</i> <i>incorporales</i>	125
R. MARTINI, Gaio e le <i>Res cottidianae</i>	171
A. CUSMÀ PICCIONE, Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano.	189
G. D'ANGELO, Occupazione clandestina e <i>lex Plautia de vi</i> . . .	279
G. D'ANGELO, Un'ipotesi sull'origine del <i>non usus</i>	293
M. DE SIMONE, Una congettura sull'arcaico <i>filiam abducere</i> . . .	321
O. DILIBERTO, La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., <i>sat.</i> 1.3.115-117.	385

M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della <i>lex Aquilia</i> è, ora, il secondo». Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina. . . .	403
J. PARICIO, <i>Persona</i> : un retorno a los orígenes.	443
G. PURPURA, Gli <i>Edicta Augusti ad Cyrenenses</i> e la genesi del SC Calvisiano.	463
M.V. SANNA, <i>Spes nascendi - spes patris</i>	519
R. SANTORO, Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 <i>ad Quintum Mucium</i>)	553
A.S. SCARCELLA, Il bilinguismo nei fedecommissi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e <i>novi cives</i> , come strumenti di integrazione sociale.	619
S. SCIORTINO, « <i>Denegare actionem</i> », <i>decretum</i> e <i>intercessio</i>	659
M. VARVARO, Gai 4.163 e la struttura della <i>formula arbitraria</i> nell' <i>agere ex interdicto sine poena</i>	705

GIACOMO D'ANGELO

Un'ipotesi sull'origine del *non usus*

ABSTRACT

The author repropose a conjecture of Giuseppe Grosso about the origin of the *iura praediorum rusticorum*'s loss by non-use and tries to show its ground in the sources. According to such a view the oldest rustic servitudes (*iter, actus, via, aquae ductus*) ended in ancient roman law, if the owner of the dominant estate abstained from exercising them for two years, by an *usucapio* in favour of the servient owner. Only when these rights – originally conceived as property's forms – were regarded as *iura in re aliena* their non-use became an autonomous method of extinction and was extended to the other rustic servitudes and to the usufruct.

PAROLE CHIAVE

Iura praediorum rusticorum; non usus; usucapio libertatis; usucapio.

SOMMARIO. 1. Il problema dell'origine del *non usus* dei *iura praediorum rusticorum*. Stato della questione. 2. L'ipotesi di Biondi. Critica. 3. L'ipotesi di Grosso. 4. Le critiche mosse a Grosso. La critica di Solazzi. Replica. 4.1. La critica di Branca. Replica. 4.2. La critica di Capogrossi Colognesi. Replica. 4.3. La critica di La Rosa. Replica. 5. Argomenti a sostegno dell'ipotesi di Grosso: l'impiego del verbo *usurpare* con riferimento ad atti di esercizio delle servitù di passaggio e di acquedotto utili a evitarne l'estinzione per non uso; il sistema di computo del tempo del non uso; l'eco di un'originaria usucapione estintiva dei *iura itinerum* e dell'*aquae ductus* in Paul. Sent. 1.17.1 e in D. 41.3.4.26(27) (Paul. 54 *ad ed.*). 5.1. Egesi di Paul. Sent. 1.17.1. 5.2. Egesi di D. 41.3.4.26(27) (Paul. 54 *ad ed.*) e considerazioni conclusive.

1. Nell'esperienza giuridica romana, in cui i diritti di regola non perivano per il semplice fatto di restare inesercitati,¹ il *non usus* – tipico modo di estinzione delle servitù rustiche² e

¹ Vale appena sottolineare, infatti, che tanto non avveniva né nel caso dell'usucapione, per cui dal lato passivo la proprietà di un bene si perdeva, sia pure sul presupposto di un non uso del titolare, solo per effetto di un suo acquisto *usu* da parte dell'usucapiente; né in quello della prescrizione delle azioni, introdotta in via generale da Teodosio II (CTh. 4.14.1), per cui pure un diritto si estingueva soltanto di riflesso, in conseguenza dell'impossibilità di farlo valere efficacemente in giudizio.

² Di un'estinzione per non uso, invero, le fonti (v. per tutti Paul. Sent. 1.17.1-2) discorrono specificamente per le servitù rustiche con esclusivo riferimento ai *iura itinerum* (*iter, actus, via*), all'*aquae ductus* e all'*aquae haustus*, sicché solo a queste figure qualche studioso ha proposto di limitare in passato l'ambito di operatività della fattispecie: v. K. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Ueber die Unterscheidung zwischen 'serviutes rusticae' und 'urbanae'*, Heidelberg 1844, 82 ss., seguito da R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg 1856, 358, 374 ss., 772. Ma sulla base di D. 8.2.6 (Gai 7 *ad ed. prov.*), formulato in termini generalizzanti (*Haec autem iura – scil. urbanorum praediorum – similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt rell.*), e dell'applicazione del non uso all'*aquae haustus* [v. Paul. Sent. 1.17.2 e D. 8.6.17 (Pomp. 11 *ex var. lect.*)], che non faceva gruppo con le altre quattro servitù sopra menzionate, ritenute comunemente più antiche, e per cui dunque non si vede perché dovesse perdersi *non utendo* a differenza di altre figure anch'esse recenziori, una siffatta limitazione è parsa ai più insostenibile: v. C.J.G. WIRTH, *Die 'libertatis usucapio'*, Erlangen 1854, 26 ss.; TH. SCHIRMER, in K.A.D. UNTERHOLZNER, *Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, II², Leipzig 1858, 190 s. nt.*; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I⁷, Marburg-Leipzig 1865, 786; O. SCHÖNEMANN, *Die Servituten*, Leipzig 1866, 172; C. ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane. Contributo alla teoria delle servitù prediali*, Torino 1895, 82 ss.; G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano. Le servitù prediali*, I, Modena 1931-32, 85 s.; ID., *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù per 'non usus' e della 'usucapio libertatis'*, in Il Foro italiano 62.4, 1937, 274, 275 (= *Scritti storico giuridici*, II, Torino 2001, 241, 243, da cui le successive citazioni); ID., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 172, 245, 248 e nt. 8; F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. 'Usus', 'scientia', 'patientia'*, Napoli 2009, 127 s., 257.

dell'usufrutto³ proprio a seguito del loro mancato esercizio per un certo tempo⁴ – balza subito agli occhi come un istituto decisamente singolare.

Giustamente, quindi, la dottrina ne ha da tempo rimarcato l'anomalia e specie con riguardo ai *iura praediorum rusticorum* – ai quali essenzialmente limiteremo qui il discorso – ha cercato variamente di illuminarne la genesi.⁵ Ma con esiti – si può dire – a tutt'oggi insoddisfacenti.

È sicuro comunque che all'efficacia estintiva del *non usus* fu sottratto – probabilmente per motivi religiosi – l'*iter ad sepulchrum*: v. D. 8.6.4 (Paul. 27 *ad ed.*).

³ Forse anche dell'uso, data l'assimilazione del relativo regime, quanto ai modi di costituzione e di estinzione, a quello dell'usufrutto: v. D. 7.1.3.3 (Gai 2 *rer. cott.*).

⁴ Secondo il regime più antico, conservatosi fino a tardi, il termine fu di due anni per le servitù rustiche (Paul. Sent. 1.17.1-2) e di un anno o di un biennio per l'usufrutto (Paul. Sent. 3.6.30) a seconda che avesse ad oggetto, rispettivamente, beni mobili o immobili. Solo Giustiniano innovò in materia, elevando il tempo del *non usus* – prima per l'usufrutto (C. 3.33.16, a. 530), e poco dopo anche per tutte le servitù, rustiche e urbane (C. 3.34.13, a. 531) – a dieci anni *inter praesentes* e a venti *inter absentes*.

⁵ Fra i contributi più importanti v. R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit., 372, 373 s., con riferimenti (*ibid.*, 367 ss.) alla precedente letteratura; B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano 1938, 663 s.; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano (Corso di lezioni)*², Milano 1954, 37, 276, 311 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*³, Milano 1956, 296 ss.; ID., *Non uso. Prescrizione. Riconoscimento di servitù*, in Il Foro italiano, 79.1, 1956, 645 s. (= *Scritti giuridici. IV. Diritto moderno. Varietà*, Milano 1965, 290 s., da cui le successive citazioni); G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 231 ss.; ID., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino s. d. (ma 1944), 14, 16; ID., *Problemi di origine e costruzione giuridica*, in *Studi Arancio-Ruiz*, I, Napoli 1953, 40 (= *Scritti storico giuridici*, I, Torino 2000, 296, da cui le successive citazioni); ID., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*², Torino 1967, 163 s., 165; ID., *Le servitù prediali*, cit., 34, 244 s.; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica di Roma alla giurisprudenza classica: lo sviluppo e la elaborazione dei diritti limitati sulle cose*, in ANRW 1.2, 1972, 143 nt. 25 (= *Scritti*, II, cit., 728 nt. 25, da cui in seguito citeremo); M. KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschrift Koschaker*, I, Weimar 1939, 451, 455, 456, 458, 476 (= *Ausgewählte Schriften*, II, Camerino 1976, 81, 85, 86, 88, 106, da cui in seguito citeremo); ID., *'Gaius' und die Klassiker*, in ZSS 70, 1953, 146; ID., *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*² (d'ora innanzi RP, I²), München 1971, 446 e nt. 68; G. BRANCA, *Non uso e prescrizione*, in *Scritti Ferrini*, I, Milano 1947, 176, 183; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano 1976, 462 s.; ID., *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi. I. (Età arcaica)*, Roma 1981, 147, 165 nt. 30; C.ST. TOMULESCU, *Mélanges de droit romain*, in BIDR 81, 1978, 307 s.; C. GOMEZ RUIZ, *En torno a D. 8.2.6: sucinta reflexion sobre el 'non usus' y la 'usucapio libertatis'*, in *Estudios Iglecias*, III, Madrid 1988, 1380.

Nessuna delle tante ipotesi avanzate, infatti, è riuscita a imporsi come veramente persuasiva⁶ e parrebbe restare un vuoto non colmabile sul solco di sentieri già battuti.

È proprio dell'indagine storica, però, che anche posizioni dibattute e contestate possono d'un tratto riprendere vigore, quasi come rianimate, per mezzo di un ennesimo contatto – personale e irripetibile – con i materiali su cui si lavora.

Così, in ordine al problema che ci occupa, un'idea pure non nuova, risalente a Giuseppe Grosso,⁷ merita secondo noi di essere riconsiderata alla luce di certe evidenze testuali rimaste finora nell'ombra.

2. Il Grosso prendeva le mosse⁸ da una tesi di Biondo Biondi⁹ di cui anzitutto conviene dar conto.

Fermando l'attenzione sul dato che le servitù rustiche – giusta il termine che rimase a lungo in vigore¹⁰ – si perdevano per non uso in due anni, tanti quanti ne occorreano secondo XII Tab. 6.3¹¹ per usucapire un fondo, il Biondi proponeva di intendere questo loro meccanismo estintivo come il riflesso di una speciale usucapione enucleata dalla giurisprudenza in via di interpretazione del versetto decemvirale testé citato.

Secondo il romanista siciliano cioè, per il fatto stesso del mancato esercizio di una servitù rustica da parte del suo titolare, il proprietario

⁶ Per una rassegna critica delle ipotesi principali v. K. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Ueber die Unterscheidung*, cit., 61 ss.; R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit., 367 ss.; S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli 1948, 160 ss.; R. LA ROSA, *Usufrutto servitù prediali e proprietà. Analisi strutturale e contenutistica nella riflessione giurisprudenziale romana*, Catania 1996, 95 ss.; ID., *'Usus fructus'. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli 2008, 142 ss.; F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 99 ss.

⁷ Per le relative citazioni v. *supra*, nt. 5.

⁸ G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 227 ss.

⁹ Per la prima enunciazione di questa tesi, in seguito rivista, v. B. BIONDI, *Corso di diritto romano. Le servitù prediali*, Milano 1933, 241, 272 ss., e in sintesi ID., *Corso di istituzioni di diritto romano. Introduzione. Parte generale-diritti reali*, Milano 1933, 335.

¹⁰ V. *supra*, nt. 4.

¹¹ Per una analisi di questo celebre precetto ci permettiamo di rinviare a un nostro recente lavoro: G. D'ANGELO, *XII Tab. 6.3 nelle testimonianze di Cicerone*, in *SCDR* 23-24, 2010-2011, 237 ss.

del fondo servente – nella visuale degli antichi giuristi – avrebbe posseduto tale fondo come non gravato dalla servitù medesima e così possedendolo per un biennio ne avrebbe usucapito la libera proprietà, con il risultato dell'estinguersi della servitù.¹²

Come per le servitù urbane, dunque, anche per quelle rustiche avrebbe avuto luogo un'*usucapio libertatis*, della quale il *non usus* non sarebbe stato che il presupposto; e in tal modo, mentre da un lato *non usus* e *usucapio libertatis* venivano a sovrapporsi come due facce della stessa medaglia, come due aspetti di un fenomeno in sé unitario legati da un rapporto, rispettivamente, di causa ed effetto,¹³ dall'altro l'anomalia stessa del *non usus* finiva per dissolversi in un sistema in cui anche le servitù, sia rustiche che urbane, esattamente come la proprietà, potevano andare perdute, ove non esercitate, soltanto in conseguenza di un'altrui usucapione.¹⁴

La tesi del Biondi però – a parte qualche adesione¹⁵ – non è stata dai più benevolmente accolta.¹⁶

¹² V. B. BIONDI, *Corso di diritto romano*, cit., 274: «... bisogna pensare che i giuristi abbiano considerato l'estinzione per *non usus* come conseguenza dell'acquisto del fondo servente per mezzo dell'*usus*, cioè qualora fosse stato posseduto come libero ... Procedendo dal concetto che la servitù è una qualità giuridica obbiettiva del fondo, e che altro è un fondo libero ed altro un fondo *serviens*, l'antica *interpretatio* ammetteva che, possedendo un fondo *serviens* come libero per due anni, il fondo si acquistasse come libero con la conseguente estinzione della servitù».

¹³ V. B. BIONDI, *Corso di diritto romano*, cit., 276: «*Non usus* ed *usucapio libertatis* non sono due fatti distinti, ma piuttosto due aspetti dello stesso fatto: nel *non usus* si considera il mancato esercizio della servitù da parte del titolare; nella *usucapio libertatis* si considera piuttosto la questione dal punto di vista del gravato della servitù. Si può dire dunque che in ogni servitù si ha tanto non uso che *usucapio libertatis*, il primo è il presupposto, la seconda è la conseguenza giuridica».

¹⁴ V. B. BIONDI, *Corso di istituzioni*, cit., 335: «Il *ius civile* conosce solo acquisto di diritti mediante *usus*; la estinzione ne è soltanto la conseguenza: come il dominio si perde per mancato esercizio, in quanto altri l'abbia acquistato mediante *usus*, così la servitù si estingue qualora il proprietario del fondo servente lo abbia acquistato mediante *usus* come libero».

¹⁵ V. G. LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova 1962, 304; ID., v. '*Non usus*', in NNDI 11, Torino 1965, 326 s., e A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 722.

¹⁶ *Contra* G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 227 s., 236 s., 243 s.; ID., *Le servitù prediali*, cit., 247, per la cui opinione, in rapporto a quella del Biondi, v. più avanti nel testo; G. BRANCA, *Non uso*, cit., 174, 182; S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., 160, 164; M. LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana*², Napoli 1957, 190 nt. 69; O. BUCCI, v.

Soprattutto, in contrario, è sembrato decisivo il fatto che nelle fonti concernenti l'estinzione per non uso dei *iura praediorum rusticorum* non si fa alcun cenno al requisito di un possesso come libero per due anni del fondo servente quale base di un'*usucapio libertatis*.¹⁷ tale requisito, come si è giustamente osservato, viene in rilievo esclusivamente per le servitù urbane,¹⁸ e solo a quest'ultime si riferisce la terminologia stessa dell'*usucapio libertatis*,¹⁹ nettamente distinta dal *non usus* quale modo di estinzione delle servitù rustiche.²⁰

Né il Biondi, invero, ha mancato di considerare l'ostacolo. Segnatamente, per superarlo, egli ha rivisto la sua posizione iniziale, per cui il non uso non avrebbe mai esplicato in quanto tale effetti estintivi, ammettendo invece che esso avrebbe acquistato a un certo momento una siffatta efficacia, con il conseguente venir meno del requisito di un possesso come libero del fondo servente.²¹ Senonché,

'*Usucapio libertatis*', in NNDI 20, Torino 1975, 279 e nt. 8, 280; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., 458 nt. 19; C.ST. TOMULESCU, *Mélanges*, cit., 313; R. LA ROSA, *Usufrutto*, cit., 106 ss., 109 s.; ID., '*Usus fructus*', cit., 144, 146 s.; F. ZUCCOTTI, *Le origini dell'usufrutto*, in RDR 8, 2008, 33; ID., *Le servitù prediali nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche*, in *Studi Martini*, III, Milano 2009, 1015 ss., 1018, 1025; F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 102 ss.

¹⁷ Per questa obiezione, che già R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit., 368 s., 370, 371, opponeva ai tentativi di spiegare l'origine del *non usus*, anche prima del Biondi, muovendo dall'*usucapio libertatis* (v. *ibid.*, 367 ss.), cfr. G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 227, 229 ss., 236 s.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., 458 nt. 19; O. BUCCI, v. '*Usucapio libertatis*', cit., 279 e nt. 8; R. LA ROSA, *Usufrutto*, cit., 109 s.; ID., '*Usus fructus*', cit., 146, 153; F. ZUCCOTTI, *Le servitù prediali*, cit., 1016; F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 105.

¹⁸ V. D. 8.2.32.1 (Iul. 7 dig.).

¹⁹ V. i testi citati da R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit., 357 ss.

²⁰ Un tentativo di fusione, per così dire, dei due istituti, nel senso di fare del *non usus* un modo di estinzione comune a tutte le servitù, rustiche e urbane, del quale l'*usucapio libertatis* non sarebbe stata per le seconde che un semplice elemento integrativo, si coglie solo in D. 8.2.6 (Gai 7 *ad ed. prov.*); ma sarà questa la linea di tendenza del diritto giustiniano (v. C. 3.34.13, Iust., a. 531), in cui stanno le premesse del successivo processo di assorbimento dell'*usucapio libertatis*, ormai scomparsa nel nostro diritto positivo, nella figura generale del non uso: v. per tutti, sul punto, G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 244 nt. 27; ID., *Le servitù prediali*, cit., 254 ss.

²¹ V. B. BIONDI, *Le servitù prediali*², cit., 315, 321: «Il carattere acquisitivo del *non usus*, se costituisce il fondamento ed il punto di partenza dell'istituto, si va obliterando di fronte all'effetto sostanziale, che è la estinzione della servitù» (p. 315); «... quando l'estinzione per *non usus* si disimpegna dall'originario carattere acquisitivo, il requisito del

così, il Biondi finiva per abbracciare nel suo nucleo essenziale la ricostruzione del Grosso.²²

3. Ebbene, facendo propria nella sostanza l'idea del Biondi di un'estinzione delle servitù rustiche per non uso in conseguenza di un'usucapione acquisitiva della libera proprietà del fondo servente, ma accogliendola solo per l'età più antica,²³ il Grosso avanzava un'ipotesi strettamente coordinata allo sviluppo storico dei *iura praediorum rusticorum*.

In particolare, nella convinzione che le servitù rustiche ritenute in genere più risalenti (*iter, actus, via, aquae ductus*)²⁴ fossero in origine

possesso del fondo servente non ha ragion d'essere, posto che il mancato esercizio della servitù risulta obiettivamente dall'astensione di quelle facoltà positive che costituiscono il contenuto della servitù» (p. 321). Cfr. pure ID. *La categoria romana*, cit., 663 s.; ID., *Non uso*, cit., 290 s.

²² Nel ripercorrere i passaggi più salienti di tale ricostruzione faremo riferimento a G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 231 ss., ove lo studioso torinese, per la prima volta, esponeva compiutamente il suo pensiero; ma v. anche gli altri contributi di questo autore citati *supra*, nt. 5.

²³ Di qui la critica (*Sulla genesi storica*, cit., 229) mossa all'impostazione originaria del Biondi di una rigida «esasperazione consequenziale» – in quanto condotta su basi storicamente appiattite e in chiave esclusivamente dogmatica – dell'interpretazione del *non usus* in senso acquisitivo.

²⁴ Nel senso di un'origine tarda, postclassica o più probabilmente giustinianea, della *servitus viae* v. tuttavia A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano 1981, 170 ss.; ID., *Le 'viae' della legislazione decemvirale*, in Labeo 29, 1983, 320 ss.; ID., *Excusationes Corbini*, in IURA 32, 1981, 134 ss.; ID., v. 'Servitù (dir. rom.)', in Enc. dir. 42, Milano 1990, 245; ID., *La distinzione delle servitù in rustiche ed urbane nel diritto romano*, in *Scritti Falzea*, IV, Milano 1991, 221 nt. 20, la cui ipotesi ha trovato seguaci: v. F. GALLO, Rec. a A. CORBINO, *Ricerche*, cit., in IURA 32, 1981, 220 ss.; F. MUSUMECI, *L'interdictum quod vi aut clam' nella tutela delle servitù e dell'usufrutto*, in *Studi Sanfilippo*, VII, Milano 1987, 507 s.; F. ZUCCOTTI, *Ancora sul 'modus servitutis'*, in RDR 4, 2004, 6; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 354 nt. 172. *Contra* comunque, secondo noi a ragione, la prevalente dottrina: v., almeno, R. MARTINI, *Notae ad Corbinum*, in IURA 31, 1980, 141 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Rec. a A. CORBINO, *Ricerche*, cit., in BIDR 85, 1982, 327 ss. (= *Scritti scelti*, II, Napoli 2010, 1069 ss.); G. WESENER, Rec. a A. CORBINO, *Ricerche*, cit., in RHD 52, 1984, 58; ID., Rec. a M.F. CURSI, 'Modus servitutis'. *Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli 1999, in IURA 50, 1999, 222; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 460; M. BRETONI, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998, 275; M.F. CURSI, 'Modus servitutis', cit., 53, 57 ss.; A. BURDESE, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*,

concepita alla stregua di porzioni del fondo servente oggetto di appartenenza, probabilmente nella forma di un condominio solidale fra il proprietario di detto fondo e quello del fondo dominante,²⁵ l'insigne Maestro torinese collegava la genesi del non uso al passaggio dalla primitiva configurazione delle servitù in questione nei termini appena illustrati a quella immateriale di *iura*, di *res incorporales*.

Fino al perdurare dell'originario schema 'proprietario', infatti, se il titolare per due anni non avesse esercitato la servitù, questa sarebbe andata perduta secondo il Grosso in modo del tutto analogo a quello ipotizzato dal Biondi: non per il fatto in sé del suo mancato esercizio ma in quanto su tale presupposto il proprietario del fondo servente avrebbe posseduto come libera la porzione gravata e conseguentemente ne avrebbe usucapito la proprietà piena ed esclusiva.²⁶

Ma una volta subentrato al suddetto schema quello delle servitù di passaggio e di acquedotto come *iura*, un'estinzione di tali diritti per usucapione non sarebbe stata più ammissibile per l'impossibilità di

Padova 2007, 3 e nt. 6; C. MÖLLER, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen 2010, 45 e nt. 27.

²⁵ Verso questa particolare ipotesi, prospettata ancora con qualche incertezza nel contributo a cui ci riferiamo (*Sulla genesi storica*, cit., 232, 233 nt. 9), il Grosso si orientava più risolutamente negli altri lavori citati *supra*, nt. 5, in aggiunta ai quali v. pure ID., *Lezioni di diritto romano*, I, cit., 30 s.; ID., Rec. a *Festschrift Koschaker*, in SDHI 8.1, 1942, 176 s. (= *Scritti storico giuridici*, IV, Torino 2001, 177 s., da cui in seguito citeremo); ID., v. '*Acquedotto (dir. rom.)*', in Enc. dir. 1, Milano 1958, 467 (= *Scritti*, II, cit., 622); ID., *Lezioni di storia del diritto romano*⁵, Torino 1965, 135; ID., *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, in BIDR 70, 1967, 106 ss. (= *Scritti*, II, cit., 683 ss., da cui le successive citazioni); ID., Rec. a G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli 1967, in IURA 19.1, 1968, 156 (= *Scritti*, IV, cit., 647); ID., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino 1970, 246 ss.

²⁶ V. G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 233: « ... se dell' *iter*, dell' *actus*, della *via*, dell' *aquae ductus* non si usava, quella porzione restava senz'altro assorbita nel possesso del fondo di cui faceva parte, e il proprietario di questo la riacquistava per usucapione. Usucapione quindi della striscia di passaggio, o del *rivus*, che erano stati staccati a favore dell'altro fondo; usucapione che si svolgeva col possesso del fondo, per cui la striscia o il *rivus* passavano, per il semplice fatto che il vicino cessava di usarne. In questo modo il carattere acquisitivo della estinzione delle servitù per *non usus*, nella sua genesi storica, appare chiaro. Allora occorre il possesso del fondo attraversato, che importava usucapione della striscia o *rivus*; ma nelle apparenze esteriori questo operava per il semplice fatto del non uso della striscia o del *rivus* da parte del titolare».

possedere, e dunque anche di usucapire, delle *res* ormai *incorporales*. Di qui la nascita del non uso per un adeguamento del fenomeno, da parte della giurisprudenza, alle concrete modalità con cui esso in passato si attuava.

Poiché nel non uso, cioè, veniva comunque a estrinsecarsi in antico un possesso come libero della striscia di terreno servente, i giuristi avrebbero dato ad esso autonomo risalto elevandolo come tale a causa estintiva dei *iura itinerum* e dell'*aquae ductus*, e quindi estendendolo a tutte le altre servitù rustiche e all'usufrutto.²⁷

Come quella del Biondi, tuttavia, anche la tesi del Grosso, per quanto ritenuta suggestiva e più plausibile, non ha avuto in definitiva successo, destando più di una critica o comunque sollevando incertezze e perplessità.²⁸

²⁷ V. G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 235 s.: « ... mutata la concezione, dall'appartenenza di una porzione a quella di un *ius* sul fondo altrui, il concetto dell'usucapione della porzione non era più possibile. Occorreva dare un nuovo fondamento ed una nuova spiegazione. Ora, poiché in antico l'usucapione da parte del proprietario del fondo attraversato avveniva senza richiedere nessun atto da parte sua, per il solo fatto che l'altro non usava, in quanto la porzione veniva assorbita nel possesso del fondo, e ciò che praticamente emergeva in primo piano era che il diritto si perdeva in quanto non se ne usasse, così, mutata la concezione in quella di un *ius* sulla cosa altrui, e non presentandosi più la configurazione di un'usucapio del proprietario del fondo gravato, si vide la causa e il fondamento dell'estinzione del diritto nel semplice non uso; e se ne fece un modo autonomo di estinzione, rendendolo così anche indipendente dal possesso del fondo servente ... E così per questi antichi *iura*, costruiti ora come facoltà sul fondo altrui, il *non usus* venne ad essere causa di estinzione; e si capisce come si sia via via esteso alle altre servitù rustiche, ed ai diritti di usufrutto ed uso».

²⁸ Cfr. spec. S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., 161, seguito da M. BREONE, *La nozione romana di usufrutto. I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli 1962, 51 nt. 98; G. BRANCA, *Non uso*, cit., 175 s.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Rec. a G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., in IURA 20.1, 1969, 650, 656 (= *Scritti scelti*, II, cit., 998, 1004, da cui in seguito citeremo); ID., *La struttura della proprietà*, II, cit., 457 ss.; ID., *La terra in Roma antica*, cit., 165 nt. 30; R. LA ROSA, *Usufrutto*, cit., 108 ss.; ID., '*Usus fructus*', cit., 151 ss.; F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 111; F. ZUCCOTTI, *Le servitù prediali*, cit., 1015 ss., 1018, la cui critica, rivolta specialmente contro il Biondi, investe anche per certi aspetti la ricostruzione del Grosso.

In senso sostanzialmente adesivo v. invece B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., 663 s.; ID., *Le servitù prediali*², cit., 315, 321; ID., *Non uso*, cit., 290 s., in una seconda formulazione del suo pensiero, inizialmente – come si è visto – più radicale, cui già si è fatto cenno *supra*, § 2, e M. KASER, *Geteiltes Eigentum*, cit., 81, 85, 86, 88; ID., '*Gaius*', cit., 146 e nt. 51; ID., *RP, I*², cit., 446 e nt. 68.

Ma a nostro sommosso avviso nessuna delle censure ad essa rivolte, a cui ora ci volgeremo, appare veramente così grave da poterne infirmare la sostanza.

4. Il Solazzi,²⁹ per primo, non trovava «pienamente chiaro» in che modo un'usucapione a favore del proprietario del fondo servente potesse avvenire in antico – come scriveva il Grosso³⁰ – «senza richiedere nessun atto» da parte di quest'ultimo, in quanto semplicemente la *pars fundi* gravata sarebbe rimasta 'assorbita' nel suo possesso in conseguenza del *non usus* del titolare della servitù.

Ma ciò a cui lo studioso torinese doveva evidentemente pensare, così esprimendosi, è che diversamente dall'*usucapio libertatis*, propria delle servitù urbane, un'usucapione estintiva delle più antiche servitù rustiche non esigeva che il proprietario del fondo servente ponesse in essere una specifica attività impeditiva dell'*usus servitutis*.

Come è noto, infatti, i *iura praediorum urbanorum* si esercitavano per il semplice fatto di possedere il fondo dominante in una speciale situazione di vantaggio rispetto al fondo servente derivante dall'imposizione di un divieto a carico del proprietario di quest'ultimo di compiere quella data attività (ad esempio sopraelevare, nel caso della *servitus altius non tollendi*) che avrebbe altrimenti escluso l'esercizio della servitù. Di qui appunto la necessità, per usucapire la libera proprietà del fondo onerato, del compimento di una siffatta attività da parte del suo *dominus*.³¹

Tutt'altro discorso, invece, valeva per le servitù rustiche in ragione del loro diverso contenuto. Qui il titolare, per esercitare la servitù, non poteva di regola fare a meno di svolgere un'attività sul fondo servente.³² Di conseguenza, con il venir meno di quest'ultima, veniva ovviamente meno anche l'*usus servitutis* e per ciò stesso il proprietario del *fundus serviens*, sol che avesse continuato a servirsi per suo conto

²⁹ S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., 161. Conforme M. BRETONNE, *La nozione*, I, cit., 51 nt. 98.

³⁰ V. *supra*, nt. 27.

³¹ V. per tutti D. 8.2.6 (Gai 7 *ad ed. prov.*).

³² Faceva eccezione la servitù di acquedotto, per il cui esercizio, una volta realizzato il canale per la conduzione dell'acqua, non era necessario un *facere* del titolare.

della porzione non più utilizzata dal proprietario del fondo dominante, l'avrebbe posseduta come libera e dopo due anni avrebbe potuto usucapirla in quanto tale proprio senza bisogno di porre in essere ulteriormente «nessun atto»; proprio per un semplice 'assorbimento' del possesso di detta porzione – per tornare all'immagine del Grosso – in quello del fondo di cui faceva parte.

4.1. Una seconda critica è venuta dal Branca.³³ A questi sembrava «difficile ammettere» che l'istituto del *non usus* «da acquisitivo che era» avesse potuto trasformarsi «spontaneamente e quasi oscuramente in estintivo». Posto infatti che a un *non facere* l'antico *ius civile* non attribuiva effetti, il Branca argomentava nel senso che «quando l'*iter*, la *via ecc.* divennero vere e proprie servitù, non più condominio o dominio delle strisce di terreno, la loro estinzione, nel caso ipotizzato dal Grosso, sarebbe stata necessariamente inquadrata dalla prassi e dalla giurisprudenza nell'ambito dell'*usus*, cioè dell'istituto acquisitivo». Ma in quanto «questo non avvenne» – egli concludeva – dovremmo allora pensare al non uso come piuttosto al «prodotto artificiale di una legge», della *lex Scribonia* c.d. *de usucapione servitutum*: nell'intento di «difendere la pienezza del dominio» questa avrebbe abolito l'usucapione della servitù, sì da evitare «l'inopinato sorgere di vincoli sui fondi», e a un tempo avrebbe sancito il principio del tutto singolare che i *iura praediorum rusticorum* si perdevano *non utendo*.³⁴

Senonché, in primo luogo, l'unico testo da cui abbiamo notizia della suddetta legge³⁵ ci informa a chiare lettere, sia pure in modo alquanto generico, che essa si limitò a sopprimere l'usucapione costitutiva di servitù: di una simultanea introduzione del *non usus* ad

³³ G. BRANCA, *Non uso*, cit., 175 s.

³⁴ Per l'ipotesi di un'origine legislativa del non uso v. pure già K. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Ueber die Unterscheidung*, cit., 63, 65 s., 92 ss., seguito da R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit., 372, 373 s., e più di recente C.ST. TOMULESCU, *Mélanges*, cit., 307 s.

³⁵ D. 41.3.4.28(29) (Paul. 54 *ad ed.*): *Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituiebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute* rell.

opera della stessa non si fa parola, sicché l'ipotesi del Branca già per questo ci sembra da respingere.³⁶

Inoltre, si avrà pure un bel dire che – vera la tesi del Grosso – «quando l'*iter*, la *via ecc.* diventarono vere e proprie servitù, non più condominio o dominio delle strisce di terreno, la loro estinzione ... sarebbe stata necessariamente inquadrata dalla prassi e dalla giurisprudenza nell'ambito dell'*usus*».³⁷ Ma noi non vediamo come ciò sarebbe potuto avvenire alla stregua delle premesse da cui muoveva il romanista torinese. Forse il Branca non teneva adeguatamente in conto che un'usucapione liberatoria del fondo gravato – come si è visto – aveva ad oggetto per il Grosso la relativa striscia con cui la servitù si identificava, così risolvendosi in definitiva in una '*Rückersitzung*', in un'*usucapio* della servitù medesima a favore del proprietario del suddetto fondo.³⁸ Messo a fuoco questo punto, infatti, si intende come, con l'imporsi della concezione delle servitù di passaggio e di acquedotto quali *iura*, e in quanto tali non suscettibili di possesso, una loro usucapione non potesse più aver luogo per il venir meno del presupposto su cui essa prima si fondava. E si intende pure come, in conseguenza di ciò, la giurisprudenza dovette trovarsi innanzi a un bivio: o travolgere insieme alla costruzione di una '*Rückersitzung*' della servitù, ormai impraticabile, anche il risultato che indirettamente ne conseguiva di una perdita della servitù stessa; ovvero cercare di 'salvare' quest'ultimo risultato per altra via, come di fatto avvenne secondo il Grosso con la scelta di fare del *non usus* un nuovo e autonomo istituto.

³⁶ *Contra* v. pure B. BIONDI, *Le servitù prediali*², cit., 312 e nt. 2; ID., *Non uso*, cit., 290 nt. 2; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 247 nt. 3; C.ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia 'de usucapione servitutium'*, in RIDA 17, 1970, 337 nt. 35; M. KASER, *RP*, I², cit., 446 nt. 68; R. LA ROSA, *Usufrutto*, cit., 111 ss.; R. LA ROSA, '*Usus fructus*', cit., 157 ss.; O. BEHREND, *Die lebendige Natur eines Baumes und die menschliche Struktur eines Bauwerks. Eine dualistische Entscheidungsbegründung aus dem vorklassischen Servitutenrecht und ihre theoretische Begründung nebst dem klassischen Gegenbild*, in *Festschrift Wolf*, Berlin 2000, 2 nt. 3; F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 113 s.

³⁷ Seguono su questo punto il ragionamento del Branca L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., 458 nt. 19, e R. LA ROSA, *Usufrutto*, cit., 108 s.; ID., '*Usus fructus*', cit., 152.

³⁸ Con questa idea, non espressamente formulata dal Grosso, ma comunque sottesa alla sua ipotesi, operava anche, sulla sua scia, M. KASER, *Geteiltes Eigentum*, cit., 85, 86, 88.

In tal modo – è vero – si apriva una crepa in un sistema che negava effetti consuntivi all'omesso esercizio dei diritti; ma verso questa soluzione doveva spingere lo stesso *favor libertatis* per la proprietà fondiaria che Branca giustamente poneva in risalto. Né pertanto nello sviluppo sopra delineato vedremmo alcunché di 'oscuro'.

4.2. Ancora per altri versi, tuttavia, ha giudicato problematica la tesi del Grosso il Capogrossi Colognesi.³⁹

Per il Maestro romano, anzitutto, la tesi in questione si esporrebbe alla medesima obiezione mossa dal Grosso stesso e da molti altri al Biondi⁴⁰ dell'assoluta mancanza di riferimenti, nelle fonti, al requisito di un continuato possesso come libero del fondo servente: cioè in pratica al presupposto su cui avrebbe dovuto fondarsi, secondo l'impostazione che difendiamo, un'usucapione liberatoria di tale fondo.⁴¹

Un ulteriore ostacolo, poi, deriverebbe dal fatto che l'impostazione in esame avrebbe dovuto condurre al risultato dell'impossibilità della perdita per non uso di servitù su fondi *nullius*, dato che la porzione gravata, se anche non utilizzata dal proprietario del fondo dominante, non avrebbe potuto essere usucapita in tal caso come libera per l'assenza, a monte, di un *dominus*. Del che – si nota – non abbiamo invece notizia.⁴²

³⁹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Rec. a G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 998, 1004; ID., *La struttura della proprietà*, II, cit., 457 ss., 563.

⁴⁰ V. *supra*, § 2 e ivi nt. 17.

⁴¹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., 458 nt. 19: «In realtà quando» il Grosso «parla del *non usus* come di una 'usucapione che si svolgeva col possesso del fondo, per cui la striscia o il *rivus* passavano, per il semplice fatto che il vicino cessava di usarne', riappare proprio quel requisito del possesso del fondo servente la cui assenza era stata ampiamente sottolineata nelle pagine precedenti». Conforme R. LA ROSA, *Usufrutto*, cit., 109 s.; ID., '*Usus fructus*', cit., 153.

⁴² L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Rec. a G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 998, 1004: «ove non si possa dimostrare che, almeno in origine, tale estinzione (scil. per non uso) veniva ad essere impossibile per tutto il tempo in cui il fondo 'servente' restava privo di proprietario, mi sembra sussista una obiettiva difficoltà ad interpretare tale modo di estinzione sotto il profilo 'acquisitivo'» (p. 1004). In tal senso v. anche F. ZUCCOTTI, *Le servitù prediali*, cit., 1016.

Né infine sarebbe persuasiva l'ipotesi che il *non usus*, applicato dapprima alle servitù di passaggio e di acquedotto, sarebbe stato in seguito esteso all'usufrutto:⁴³ farebbe difficoltà ad ammettere ciò la «sostanziale eterogeneità» di quest'ultimo «rispetto agli antichi *iura itinerum* ed *aquarum*»,⁴⁴ mentre secondo il Capogrossi sarebbe preferibile pensare che l'istituto – introdotto dalla giurisprudenza fra il II e il I secolo a. C.⁴⁵ – «in origine, trovasse la sua prima applicazione nel campo dell'usufrutto e fosse poi esteso alle servitù rustiche».⁴⁶

La prima di queste critiche però, sebbene apparentemente la più vistosa, è in realtà secondo noi la più fragile.

Essa poteva indubbiamente far breccia nella prima ricostruzione del Biondi, per cui la perdita delle servitù rustiche per non uso sarebbe stata sempre la conseguenza di un'*usucapio libertatis*,⁴⁷ ma non può essere rivolta al Grosso. Posto infatti che per quest'ultimo un'usucapione acquisitiva della libera proprietà del fondo servente avrebbe poi ceduto il posto al *non usus* come modo autonomo di estinzione dei *iura praediorum rusticorum*, con il conseguente superamento dell'esigenza che il suddetto fondo fosse posseduto ininterrottamente per due anni dal suo *dominus*, come attendersi che di un siffatto requisito si facesse ancora menzione nei testi a noi pervenuti, quando ormai l'antica idea di un'*usucapio* era stata travolta e il non uso campeggiava solo, appunto, nella sua completa autonomia?

Sul punto, insomma, il silenzio delle fonti ci pare del tutto naturale in considerazione della stessa evoluzione storica tracciata dal Grosso; e per la medesima ragione non ci sembra neppure stringente il secondo dei rilievi del Capogrossi.

Rovesciando l'onere della prova, dunque, diremo che è da dimostrare che una servitù su fondi *nullius* andasse ugualmente

⁴³ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., 457 ss.

⁴⁴ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., 459.

⁴⁵ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., 462 s.; ID., *La terra in Roma antica*, cit., 165 nt. 30.

⁴⁶ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra in Roma antica*, cit., 147.

⁴⁷ V. *supra*, § 2.

perduta dopo un *non usus* biennale. Un siffatto risultato, certo, sarebbe contrario alla tesi che sosteniamo; ma anche qui non ci si può meravigliare che una soluzione opposta, venuta meno la costruzione su cui poggiava, non risulti più documentata. Senza considerare che il rigore dei principi, per i Romani, non fu mai assoluto e che comunque l'ipotesi in questione – per ammissione dello stesso Capogrossi⁴⁸ – ha valore più teorico che pratico, per cui è pure lecito insinuare il dubbio se mai sia stata presa in esame.⁴⁹

Resta allora l'appunto che un'estensione del non uso dalle servitù rustiche all'usufrutto non sarebbe verosimile per la «sostanziale eterogeneità» di questi diritti.

Senonché, a parte la considerazione che un tale rilievo colpirebbe pure l'ipotesi inversa prospettata dallo studioso romano, è un dato inoppugnabile che il regime dei modi di costituzione e di estinzione dell'usufrutto appare modellato per molti aspetti su quello delle servitù, di origine sicuramente più antica. Né vi sono ragioni per escludere che a una simile opera di adattamento i giuristi abbiano proceduto anche per il non uso, le cui prime applicazioni si riscontrano proprio nel campo dei *iura praediorum rusticorum*.⁵⁰ Tanto più che il Capogrossi, nel profilare uno sviluppo storico di segno opposto, non porta a sostegno nessun argomento.

Ma le critiche al Grosso non finiscono qui.

4.3. Ulteriori obiezioni solleva ultimamente Renato La Rosa.⁵¹

A lasciare perplesso questo studioso, *in limine*, è l'idea stessa di un'originaria configurazione delle più antiche servitù rustiche quali *res corporales* oggetto di appartenenza; idea che il Grosso faceva propria – come si è visto – pensando in particolare un condominio solidale fra il proprietario del fondo dominante e quello del fondo servente, ma che

⁴⁸ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Rec. a G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 998.

⁴⁹ Giova anzi rilevare che il caso stesso dell'esistenza di servitù su fondi *nullius* non risulta contemplato nelle fonti ed è stato oggetto di dispute, in dottrina, quanto alla medesima possibilità del suo configurarsi. Sulla questione v. per tutti G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano*, I, cit., 104 ss., con citazione (*ibid.*, 104 nt. 1) di altra letteratura.

⁵⁰ La più antica attestazione risale a Servio: v. D. 8.6.7 (Paul. 12 *ad Sab.*).

⁵¹ R. LA ROSA, '*Usus fructus*', cit., 151 s.

risale a Moritz Voigt⁵² nella sua prima compiuta elaborazione,⁵³ e che oggi, sia pure in varie formulazioni,⁵⁴ è ormai largamente dominante.⁵⁵

Segnatamente, sulle orme del Capogrossi Colognesi⁵⁶ e del Corbino,⁵⁷ La Rosa⁵⁸ non ritiene affatto sicuro che i termini *iter* e *actus*⁵⁹ designassero già in antico un impianto materiale destinato al

⁵² M. VOIGT, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*, in *Berichte über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Klasse* 26, 1874, 159 ss., che non abbiamo direttamente consultato; ID., *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil-und Criminal-Rechtes, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, II, Leipzig 1883, 345 ss.; ID., *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1892, rist. Aalen 1963, 441 ss.

⁵³ Per certi spunti già presenti nella letteratura anteriore al Voigt v. comunque gli autori a cui rinvia A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 8 nt. 5.

⁵⁴ In particolare, oltre che a un concorso solidale di proprietà, si è pensato anche a un'appartenenza esclusiva della striscia di terreno gravata al proprietario del fondo dominante ovvero a una proprietà funzionalmente ripartita, sulla stessa, fra quest'ultimo e il proprietario del fondo servente. Per la prima di queste due ulteriori ipotesi, che era quella per cui propendeva il Voigt, v. ad esempio M. BRETONE, *La nozione*, I, cit., 32 ss.; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 84 ss., 95; F. GALLO, Rec. a A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 228; per la seconda, invece, cfr. per primo P. KOSCHAKER, Rec. a E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova 1937, in ZSS 58, 1938, 258 s., 261 s. nt. 2, e spec., sulla sua scia, M. KASER, *Geteiltes Eigentum*, cit., 75 ss., 85 ss., 92 s., 108 s. che ha ribadito la sua idea in molti altri contributi (citazioni in M.F. CURSI, *'Modus servitutis'*, cit., 40 nt. 25).

⁵⁵ Nella letteratura più recente, comunque, v. criticamente A. CORBINO, *Ricerche*, cit., spec. 25 ss.; ID., v. *'Servitù (dir. rom.)'*, cit., 243 ss.; ID., *La distinzione delle servitù*, cit., 221; ID., *Diritto privato romano. Contesti Fondamenti Discipline*², Padova 2012, 582; G. NICOSIA, *Iuris consultorum acutae ineptiae*, in *Studi Martini*, II, Milano 2009, 873 nt. 31; ID., *'Paries' e 'stillicidium' in Cic., top. 5.27*, in *Studi Metro*, IV, Milano 2010, 396 e nt. 3; F. ZUCCOTTI, *Ancora sul 'modus servitutis'*, cit., 6 ss.; ID., *Le origini dell'usufrutto*, cit., 34; ID., *Le servitù prediali*, cit., spec. 1003 ss.; C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 25 ss.

⁵⁶ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 166 ss.

⁵⁷ A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 105 e nt. 35; ID., v. *'Servitù (dir. rom.)'*, cit., 244 e nt. 14.

⁵⁸ R. LA ROSA, *'Usus fructus'*, cit., 151.

⁵⁹ R. LA ROSA, *'Usus fructus'*, cit., 151 nt. 51, precisa di limitare il discorso all'*iter* e all'*actus* in ragione della sua adesione alla tesi di Corbino di un'origine postclassico-giustiniana della *servitus viae* (v. *supra*, nt. 24). Il che – si noti – indebolisce ancor più la sua critica (v., di seguito, nel testo) se una siffatta tesi – come crediamo – è da respingere, posto che un significato materiale di *via*, per l'epoca più risalente, non è in discussione: v.

passaggio o non soltanto, piuttosto, due facoltà corrispondenti alle attività, rispettivamente, dell'*ire* e dell'*agere*.

In secondo luogo, secondo il romanista catanese, l'ipotesi di un condominio solidale su una porzione del fondo servente non sarebbe comunque plausibile per una presunta inidoneità strutturale della *mancipatio* – con cui si costituivano *inter vivos* le servitù di passaggio e di acquedotto, incluse fra le *res Mancipi* – a instaurare situazioni di comproprietà, vuoi solidale, vuoi parziaria.⁶⁰

Non solo, ma ancora un'altra riflessione aggiunge La Rosa: «Inoltre, ci sembra possibile affermare che contro la ricostruzione del Grosso milita la circostanza, che ai nostri occhi appare davvero decisiva, che la usucapione della pienezza ed esclusività del diritto di proprietà del sentiero ovvero del *rivus* non avrebbe mai potuto trasformarsi, siccome da lui proposto, nel *non usus* esclusivo del proprietario del fondo dominante, posto che l'ipotizzato regime di comproprietà sulla struttura di esercizio della servitù (sentiero ovvero *rivus*) avrebbe consentito tale usucapione a vantaggio di entrambi i comproprietari, e, precisamente, sia a favore di quello che poi sarebbe stato indicato come il proprietario del fondo servente, sia di quello che poi sarebbe stato indicato come il proprietario del fondo dominante. È infatti non chiaro, per quale ragione un'usucapione, a vantaggio indifferenziato di due soggetti, avrebbe dovuto trasformarsi nel *non usus* esclusivo di uno solo di loro».⁶¹

Procedendo anche qui con ordine, tuttavia, all'esame di tali obiezioni, a noi pare anzitutto che i risultati del Capogrossi e del Corbino, a cui La Rosa si richiama, non possano considerarsi perentori.

In contrario, quanto meno, depone nettamente a nostro avviso

Cat., *de agr. cult.* 149.2: *Bubus domitis binis, cantherio uni, cum emptor pascet, domino pascere recipitur; holeris, asparagis, lignis, aqua, itinere, actu domini usioni recipitur* rell.⁶²

per tutti, sul punto, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura* II, cit., 165. Senza poi considerare l'ipotesi del *rivus*, che la Rosa non prende in esame.

⁶⁰ R. LA ROSA, '*Usus fructus*', cit., 151 s. nt. 52 (v. anche *ibid.*, 96 e 141 nt. 22).

⁶¹ R. LA ROSA, '*Usus fructus*', cit., 152.

⁶² Riportiamo il testo dall'edizione di R. GOUJARD, *Caton. De l'agriculture*, Paris 1975, 97.

ove l'accostamento di *iter* e *actus* a entità tutte corporee (*holera, asparagi* etc.), secondo l'interpretazione che ci sembra più naturale, non può che indurre a scorgere in essi il riferimento a una struttura materiale⁶³ più che a una facoltà o a un'attività, come vorrebbero invece i due studiosi sopra citati.⁶⁴

Quanto poi al rilievo che la *mancipatio* sarebbe stata strutturalmente inidonea a instaurare rapporti di condominio, La Rosa formula tale critica sulla scia del Bretone.⁶⁵ Ma quest'ultimo, pur seguito anche da altri,⁶⁶ non motiva in alcun modo il suo parere;⁶⁷ e noi, invero, non riusciamo a rappresentarci ostacoli⁶⁸ nel pensare a una dichiarazione con cui il *mancipio accipiens* affermasse l'appartenenza a sé e al vicino della striscia di terreno da asservire, aggiungendo di acquistarla⁶⁹ e compiendo magari, a un tempo, un qualche gesto di apprensione simbolica.⁷⁰

⁶³ In tal senso v. anche F. GALLO, Rec. a A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 227; M. BREONE, *I fondamenti*, cit., 274 s.; M.F. CURSI, 'Modus servitutis', cit., 129 e nt. 337, 134 nt. 346.

⁶⁴ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 168 nt. 97, 192 nt. 140; A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 104 s.

⁶⁵ *La nozione*, I, cit., 34 s.

⁶⁶ V. M. KASER, Rec. a M. BREONE, *La nozione*, I, cit., in Labeo 9, 1963, 369; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 85; A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 23 s., 34 ss.; F. ZUCCOTTI, *Le servitù prediali*, cit., 1006.

⁶⁷ In opposizione al Grosso l'illustre studioso partenopeo, *La nozione*, I, cit., 34 s., si limita genericamente a osservare: «non si vede come per porre in essere un simile rapporto [di condominio solidale] potesse impiegarsi la *mancipatio*, che pure è il tipico modo di costituzione delle più antiche servitù, esplicitamente incluse fra le *res mancipi*».

⁶⁸ Un ostacolo, a monte, non si potrebbe scorgere in un ricorso alla *in iure cessio* per la costituzione del *consortium ad exemplum fratrum suorum*, di cui ci informa Gai 3.154b. La prospettazione di una siffatta difficoltà il Grosso, *La genesi delle servitù*, cit., 684 nt. 5 (v. anche ID., *Le servitù prediali*, cit., 35 nt. 5) riteneva di poter cogliere nella critica del Bretone (v. la precedente nota), ma venendone comunque a capo, secondo noi, in modo soddisfacente: «Io non vedo come non si potesse fare una *mancipatio* per la partecipazione a un concorso solidale; se ciò non poteva avvenire per il *consortium* è perché ivi si doveva costituire un rapporto che recava in sé un *ius fraternitatis*, il che si poteva dichiarare esistente nel modo proprio della *in iure cessio*, ma non comprare, come si affermava nella *mancipatio*». Sul punto v. pure M. KASER, Rec. a M. BREONE, *La nozione*, I, cit., 369; A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 36 nt. 108; A. GUARINO, *Diritto privato*¹², cit., 704 nt. 55.2.2.

⁶⁹ Ovviamente solo per sé, dato che il vicino ne era già proprietario.

⁷⁰ Per altre ipotesi v. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., 108 ss., criticato da A. CORBINO, *Ricerche* cit., 36 ss., e da M.F. CURSI, 'Modus servitutis',

Né infine ci sembra cogliere nel segno anche l'ultima obiezione di La Rosa.

Ammettiamo bensì che nell'ottica di un concorso paritario di proprietà su una porzione del fondo servente un'usucapione di tale porzione, sul presupposto del suo mancato utilizzo per un biennio da parte di uno dei due consorti, avrebbe dovuto a rigore operare non solo a favore del proprietario del fondo onerato, come supponeva il Grosso, ma anche a vantaggio del titolare della servitù.

Tuttavia, francamente, ci sfugge anzitutto il preciso nesso logico che dovrebbe legare a tale premessa la conclusione che La Rosa, come si è visto, ne trae: cioè che una siffatta usucapione, in quanto suscettibile di realizzarsi a vantaggio di entrambi i soggetti del rapporto, «non avrebbe mai potuto trasformarsi ... nel *non usus* esclusivo del proprietario del fondo dominante».

Ma diremo di più: noi non crediamo neppure che sulla porzione gravata il proprietario del fondo dominante e quello del fondo servente avessero un potere del tutto identico. C'è insomma un fondamento di vero, a parer nostro, nella nota teoria sviluppata specialmente dal Kaser,⁷¹ che pure tante critiche ha sollevato,⁷² di un'originaria proprietà funzionalmente divisa (*funktionell geteiltes Eigentum*) sulla striscia di terreno asservita.

cit., 43 nt. 32; M. KASER, *Über 'relatives Eigentum' im altrömischen Recht*, in ZSS 102, 1985, 35; A. GUARINO, *Diritto privato*¹², cit., 718 nt. 57.1.1.

⁷¹ V. *supra*, nt. 54.

⁷² Si vedano, almeno, G. GROSSO, Rec. a *Festschrift Koschaker*, cit., 177 s.; ID., *I problemi dei diritti reali*, cit., 13 ss.; ID., *Problemi di origine*, cit., 293 ss.; ID., Rec. a M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*², Köln-Graz 1956, in SDHI 23, 1957, 386 s. (= *Scritti*, IV, cit., 460 s.); ID., *Problemi generali del diritto*², cit., 163 ss.; ID., *La genesi delle servitù*, cit., 683 s.; ID., *Le servitù prediali*, cit., 32 ss.; ID., *Schemi giuridici e società nella storia*, cit., 248 s.; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica*, cit., 727 s.; G. VON BESELER, *Fruges et Paleae*, in *Scritti Ferrini*, III, Milano 1948, 290 s.; E. BETTI, *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, in *Studi Arangio-Ruiz*, IV, Napoli 1953, 93 (= *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milano 1991, 409); C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, 215; M. BREONE, *La nozione*, I, cit., 33 s.; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 80 ss., 95; G. DIÓSDI, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest 1970, 112 s.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 257 ss.; A. CORBINO, *Ricerche*, cit., 23 nt. 70; A. GUARINO, *Diritto privato*¹², cit., 704 nt. 55.2.2.

Secondo questa impostazione il proprietario del fondo servente sarebbe stato titolare sul sentiero attraversato o sul *rivus* di una sorta di dominio eminente (*Haupteigentum*) rispetto a quello del proprietario del fondo dominante (*Nutzeigentum*), di contenuto limitato all'esercizio della servitù; ed è evidente come, in una siffatta prospettiva, il carattere esclusivamente unilaterale di un'*usucapio* conseguente al *non usus* non può far meraviglia: se per il proprietario del fondo servente si trattava di riacquistare nella stessa qualità una striscia sottratta al suo dominio solitario, tanto non valeva per il titolare della servitù, che avrebbe altrimenti dovuto cumulare alla sua proprietà una proprietà di altra specie.

Né in fin dei conti lo stesso Grosso andava lontano da un simile ordine di idee nella misura in cui ammetteva che la diversa posizione della porzione gravata rispetto ai proprietari dei due fondi interessati – per l'uno una striscia dell'altrui fondo, per l'altro una striscia del proprio fondo – potesse correlativamente importare un diverso atteggiarsi del loro potere sulla stessa.⁷³

Proprio muovendo da tale presupposto, anzi, con una intuizione per noi davvero acuta, egli spiegava il passaggio dalla concezione delle più antiche servitù rustiche come *res corporales* a quella di *iura in re aliena*.⁷⁴ Appunto perché, infatti, le due concorrenti proprietà del titolare della servitù e del *dominus* del fondo servente su una *pars* di quest'ultimo non sarebbero state esattamente identiche, i giuristi, una volta subentrata all'idea di un condominio solidale quella di una comproprietà per quote, avrebbero proceduto a una valutazione qualitativa anziché quantitativa delle due suddette proprietà, traducendo il dominio del proprietario del fondo dominante nei termini di un diritto su cosa altrui.

⁷³ V. G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit., 17; ID., *Problemi di origine*, cit., 294 nt. 17, 296 s.; ID., *Problemi generali del diritto*², cit., 166; ID., *La genesi delle servitù*, cit., 683 s.; ID., *Schemi giuridici e società nella storia*, cit., 248; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica*, cit., 728.

⁷⁴ G. GROSSO, *La genesi delle servitù*, cit., 685 s.; ID., *Le servitù prediali*, cit., 47 s.; ID., *Schemi giuridici e società nella storia*, cit., 250 s.; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica*, cit., 729. Sulla scia del Grosso v. anche A. GUARINO, *Diritto privato*¹², cit., 704.

Soltanto, il Grosso⁷⁵ non credeva che alla diversità di posizioni sopra accennata potesse corrispondere una precisa costruzione dogmatica, del tipo di quella teorizzata dal Kaser, a livello del pensiero più antico, dominato a suo avviso dal concetto di un potere essenzialmente unitario del *pater familias* pur nelle differenti esplicazioni dipendenti dalla varietà dei suoi oggetti. Il che ci pare in effetti più consono all'empirismo della coscienza giuridica primitiva.⁷⁶

5. Con tutto ciò, comunque, l'ipotesi del Grosso resterebbe semplicemente tale in mancanza di una base più solida su cui poter poggiare. Un'ipotesi coerente e ben congegnata, ma niente più che un'ipotesi, appunto, pur nella logica serrata che ne regge la trama.

A ben vedere, infatti, il suo limite più grave, quello che forse più di ogni altra critica le ha istintivamente attirato tutta la diffidenza da cui essa in dottrina è circondata, sta nel fatto che il Maestro torinese non adduceva elementi positivi atti a darvi, per così dire, una più densa compostità storica. Ma anche questa lacuna noi crediamo di poter colmare.

Segnaliamo anzitutto un dato.

Alla conservazione delle servitù di passaggio e di acquedotto mediante atti di esercizio utili a evitarne l'estinzione per non uso si accenna in più testi in termini di '*usurpare*',⁷⁷ verbo da cui deriva il

⁷⁵ V. gli scritti citati *supra*, nt. 73.

⁷⁶ Non va peraltro trascurato che il Grosso – nella prima formulazione della sua tesi (*Sulla genesi storica* cit., 232, 233 nt. 9) – non escludeva del tutto la possibilità di un'originaria appartenenza esclusiva della striscia di terreno gravata al titolare della servitù; ragion per cui, a voler considerare le cose in un'ottica siffatta, che comunque ci sembra poco verosimile, va da sé che le critiche mosse da La Rosa alla ricostruzione del romanista torinese nella diversa prospettiva di un condominio solidale fra i proprietari dei due fondi interessati perderebbero completamente ogni presa, mentre ugualmente l'ipotesi di una genesi del *non usus* dall'*usucapio* potrebbe in astratto essere sostenuta. L'unica variante, da un punto di vista dogmatico, sarebbe data dal fatto che in un simile ordine di idee si dovrebbe propriamente pensare a un'*usureceptio* della *pars fundi* non utilizzata per un biennio dal titolare della servitù a vantaggio del proprietario del fondo servente che per lo stesso tempo se ne fosse invece servito.

⁷⁷ V. D. 8.6.6.1 (Cels. 5 *dig.*); D. 8.6.8.1 (Paul. 15 ad *Plaut.*); D. 8.6.9 (Iav. 3 *ex Plaut.*); D. 8.6.16 (Proc. 1 *ep.*), per un esame approfondito dei quali rinviamo a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, '*Una servitus*', in *Studi Grosso*, V, Torino 1972, 209 ss., 224 ss. [= *Scritti scelti*, I, Napoli 2010, 39 ss., 54 ss. (per i primi tre testi)]; ID., *La struttura*, II, cit., 92 ss. nt. 112 (per l'ultimo brano).

sostantivo *usurpatio*. Ora, secondo un impiego attestato da Paolo,⁷⁸ probabilmente il più vicino al valore originario di *usurpare*,⁷⁹ '*usurpatio*' indicava nel linguaggio giuridico l'interruzione dell'usucapione;⁸⁰ dal che è allora possibile trarre una conclusione che ridonda nel senso da noi propugnato: evidentemente, in quanto i *iura itinerum* e l'*aquae ductus* andavano perduti in origine per effetto di una loro usucapione a favore del proprietario del fondo servente, l'interruzione di quest'ultima da parte del titolare⁸¹ per mezzo del compimento di atti di esercizio della servitù, che restava così conservata, dovette essere designata come un '*usurpare*', con il risultato che tale verbo continuò più tardi a essere adoperato pure dopo l'emersione del *non usus* quale autonoma fattispecie estintiva.

Nella stessa direzione, poi, depone anche il fatto che il sistema di computo del tempo del non uso seguiva le medesime regole che valevano per l'*usucapio*,⁸² e ancora, in aggiunta a questi elementi, che già come tali ci sembrano notevoli, sono da prendere in considerazione due testi – Paul. Sent. 1.17.1 e D. 41.3.4.26(27) (Paul. 54 *ad ed.*) – in cui chiaramente, secondo noi, risuona un'eco dell'evoluzione delineata dal Grosso.

⁷⁸ V. D. 41.3.2 (Paul. 54 *ad ed.*): *Usurpatio est usucapionis interruptio: oratores autem usurpationem frequentem usum vocant.*

⁷⁹ Per l'etimologia di *usurpare* v. per tutti G. FALCONE, *Testimonianze plautine in tema di 'interdicta'*, in AUPA 40, 1988, 207 s. e nt. 110, con altre indicazioni bibliografiche.

⁸⁰ Per un altro significato di *usurpare* come equivalente all'attività del *sumere vindicias* nel rito della *legis actio sacramenti in rem* v. R. SANTORO, *L'usurpare surculo defringendo di Cic. de orat. 3.110 e l'interruzione civile dell'usucapione*, in AUPA 46, 2000, 333 ss. (= *Studi Talamanca*, VII, Napoli 2001, 205 ss. = *Scritti minori*, II, Torino 2009, 529 ss.), del quale v. pure Appio Claudio e la concezione strumentalistica del '*ius*', in AUPA 47, 2002, 331 ss. (= *Scritti*, II, cit., 593 ss.), ove si sottolinea un ulteriore impiego del verbo in questione, già in fonti di alta antichità, nel senso generico di '*uti*'.

⁸¹ O di altri per lui: v. D. 8.6.5 (Paul. 66 *ad ed.*); D. 8.6.6 pr. (Cels. 5 *dig.*); D. 8.6.20 (Scaev. 1 *reg.*).

⁸² Cfr. sul punto K.A.D. UNTERHOLZNER, *Ausführliche Entwicklung*, II², cit., 224, 225, che per ciò già ipotizzava un'origine del *non usus* dall'usucapione (v. anche p. 191), e C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, I², Paris 1874, 619, 619 s. nt. 4.

5.1. Cominciamo da

Paul. Sent. 1.17.1: *Viam iter actum aquae ductum, qui biennio usus non est, amisisse uidetur: nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur*.⁸³

Per come è scritto il passo riesce illogico alla prevalente dottrina, che ne reputa guasta la chiusa (*nec-amittuntur*).⁸⁴

Quest'ultima, infatti, appare sconnessa rispetto alla frase precedente (*Viam-uidetur*), che dovrebbe risulterne motivata. Emblematica in tal senso è la critica del Solazzi:⁸⁵ «Fra l'usucapione e il non uso potranno correre tutti i rapporti che si vuole; ma, perché l'*enim* sia logico, bisogna che '*nec enim*' giustifichi la frase precedente. E non si giustifica né si spiega la regola, che ammette la perdita delle servitù col non uso biennale, dicendo che non si usucapiscono i diritti estinguibili col non uso».

Un difetto di logica, però, è innegabile solo se nella frase '*nec-amittuntur*' si scorge un riferimento a un'usucapione costitutiva delle servitù di passaggio e di acquedotto: quella abolita – per intenderci – dalla *lex Scribonia*.⁸⁶

Nella diversa prospettiva, invece, di un'*usucapio* estintiva, la chiusa si coordina perfettamente alla dichiarazione che la precede e la spiega secondo noi storicamente.

⁸³ FIRA, II², Florentiae 1968, 333.

⁸⁴ Cfr. già C.J.G. WIRTH, *Die 'libertatis usucapio'*, cit., 18 ss., nonché, almeno, G. GROSSO, *Sulla servitù di 'aquae haustus'*, in BIDR 40, 1932, 410 (= *Scritti*, II, cit., 10); E. VOLTERRA, *Sull'uso delle 'Sententiae' di Paolo presso i compilatori del 'Breviarium' e presso i compilatori giustiniane*, in Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, I, Pavia 1934, 125 (= *Scritti giuridici*, IV, Napoli 1993, 231); S. SOLAZZI, *Saggi di critica romanistica*, in BIDR 49-50, 1947, 384 s. (= *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1963, 676); ID., *Specie ed estinzione*, cit., 162 s.; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia 1951, 180 e nt. 361; ID., *Usureceptio servitutis*, in *Studi Albertario*, II, Milano 1953, 227 (= *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz 1963, 153); F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 64, 114.

⁸⁵ S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione*, cit., 162 s.

⁸⁶ V. D. 41.3.4.28(29) (Paul. 54 *ad ed.*), il cui testo, per la parte che ci interessa, è già stato trascritto *supra*, nt. 35.

Paolo, cioè, intendeva a parer nostro sottolineare che i *iura itinerum* e l'*aquae ductus*, se non esercitati ininterrottamente per un biennio, si consideravano perduti già per il fatto del loro non uso (*Viam-uidetur*) in quanto, trattandosi ormai di *res incorporales*, non era più possibile collegarne l'estinzione – come avveniva in passato – a un'usucapione da parte del proprietario del fondo servente (*nec-amittuntur*).⁸⁷

Così il discorso del giurista severiano, senza bisogno di alcun ritocco, risulta coerente nella stretta connessione delle due frasi che lo compongono, e la tesi del Grosso trova in esso una precisa conferma.

5.2. Veniamo quindi a

D. 41.3.4.26(27) (Paul. 54 *ad ed.*): *Si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea vi expuleris, [per longum tempus] <biennio>⁸⁸ non utendo amittam viam, quia nec possideri intellegitur ius incorporale nec de via quis, id est mero iure, detruditur.*

⁸⁷ Non ci sembra plausibile invece pensare che Paolo intendesse rilevare nella chiusa che per le servitù di passaggio e di acquedotto non poteva aver luogo un'*usucapio libertatis*: così, con varie sfumature, K. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Ueber die Unterscheidung*, cit., 86 s., il quale, seguito da A.F. RUDORFF, Rec. a K. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Ueber die Unterscheidung*, cit., in *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft* 15, 1844, 326, 328, proponeva peraltro di leggere nella prima parte del passo '*remisise*' anziché '*amisise*' (*ibid.*, 87 s.), nella convinzione che il giurista severiano volesse spiegare la perdita per non uso delle servitù in questione alla stregua di una rinuncia ad esse da parte del titolare; C.J.G. WIRTH, *Die 'libertatis usucapio'*, cit., 18 ss., che emendava '*amittuntur*' in '*omittuntur*'; TH. SCHIRMER, in K.A.D. UNTERHOLZNER, *Ausführliche Entwicklung*, II², cit., 188 nt. 650; G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II⁷, Leipzig 1871, 693 e nt. s., che considerava il passo, comunque, corrotto; O. RUGGERI, *Il possesso e gl'istituti di diritto prossimi ad esso*, I, Firenze 1880, 679 s.; O. BEHREND, *Die lebendige Natur eines Baumes*, cit., 29 nt. 46. Dell'*usucapio libertatis*, infatti, Paolo non fa parola; né vediamo come ad essa, che aveva ad oggetto il fondo servente in quanto posseduto come libero [v. D. 8.2.32.1 (Iul. 7 *dig.*)], possa cogliersi un'allusione nella frase *nec-amittuntur*, che si riferisce piuttosto a un'usucapione delle stesse servitù.

⁸⁸ L'interpolazione delle parole '*per longum tempus*' in luogo di '*biennio*' (o anche, forse, '*per biennium*') può considerarsi sicura: v. gli autori citati nell'*Index itp. ad h.l.*, nonché, almeno, R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit., 655 nt. n; R. MONIER, *La date d'apparition du 'dominium' et de la distinction juridique des 'res' en 'corporales' et 'incorporales'*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 368; M. LAURIA, *Possessiones*², cit., 190; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 248 nt. 219.

Si prospetta qui l'ipotesi di una *servitus viae* rimasta inesercitata per due anni dopo che il suo titolare fosse stato violentemente espulso dall'impianto materiale adibito al passaggio per mano dello stesso proprietario del fondo servente.

La soluzione è nel senso che in tal caso una siffatta servitù sarebbe andata perduta per non uso; e ciò in quanto – si aggiunge – non si concepisce il possesso di un diritto, per sua natura incorporale,⁸⁹ né si può essere espulsi da un *ius*.⁹⁰

Ora, non diversamente da quanto si è visto per Paul. Sent. 1.17.1, tale motivazione, a tutta prima, non parrebbe spiegare affatto la

⁸⁹ Reputava una glossa l'espressione '*ius incorporale*' S. CUGIA, Τὸ ἀσώματον δίκαιον (*Il diritto incorporale*), in BIDR 42, 1934, 446 nt. 1, sulla cui scia v. pure S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli 1949, 111 nt. 1, e B. BIONDI, *Le servitù prediali*², cit., 361 nt. 2. Senonché, un riferimento alla natura di *res incorporalis* della *servitus viae* non poteva in effetti mancare in quanto proprio su questo concetto, come vedremo, fa perno il ragionamento di Paolo. Al limite, potrebbe semmai apparire superfluo – accostato a *ius* – l'aggettivo '*incorporale*', espunto come un glossema da C.A. CANNATA, *Corso*, I, cit., 248 ntt. 219 e 222. Ma si potrebbe anche pensare a un uso di tale aggettivo in funzione rafforzativa; né ad ogni modo il pensiero di Paolo, sul punto, può essere impugnato secondo noi nella sostanza.

Ancora oltre, poi, andava H. KRELLER, '*Res*' als Zentralbegriff des Institutionensystems, in ZSS 66, 1948, 593 nt. 99, sospettando l'intero tratto *ius incorporale-detruditur*, ma così in pratica privando la decisione della sua motivazione, che bene invece la giustifica (v. più avanti nel testo).

⁹⁰ È chiaro infatti che Paolo, nell'escludere la possibilità dell'espulsione da una *via* (*nec de via ... quis detruditur*), doveva pensare alla *via* intesa non più quale struttura materiale, come nel precedente tratto '*et tu me ab ea vi expuleris*', bensì quale diritto. Tuttavia, dubitiamo che le parole '*id est mero iure*', con cui si rende esplicito un siffatto riferimento, siano dello stesso Paolo. Piuttosto, tenuto conto della loro collocazione dopo '*quis*' anziché dopo '*via*', cui invece avrebbero dovuto immediatamente far seguito, e in adesione a un'acuta osservazione del Prof. Falcone, penseremmo a un glossema esplicativo interlineare inserito per errore dal copista del nostro testo dopo '*quis*'. Per l'ipotesi di un glossema v. pure S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli 1947, 156 nt. 35; ID., *La tutela e il possesso*, cit., 111 nt. 1, seguito da M. LAURIA, *Possessiones*², cit., 190 e nt. 70, ma in un ordine di idee che non condividiamo, e R. MONIER, *La date d'apparition du 'dominium'*, cit., 368 s., che notava anch'egli l'incongrua posizione delle parole in commento. Per un'interpolazione, invece, si orientavano F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in ZSS 13, 1892, 142, e S. PEROZZI, *I modi pretorii d'acquisto delle servitù*, in RISG 23.2, 1897, 30 (= *Scritti giuridici*, II, Milano 1948, 224).

decisione che vi è premessa.⁹¹ Si direbbe insomma che anche qui fra le due frasi di cui consta il brano corra un vero salto. Ma non è così.

Il passo in esame fa parte di un più ampio contesto⁹² in cui Paolo trattava del divieto di usucapione delle *res vi possessae*, divieto introdotto – come è noto⁹³ – da una *lex Plautia* (o *Plotia*), della prima metà del I secolo a. C.,⁹⁴ e successivamente ribadito da una *lex Iulia*, di Cesare o di Augusto.

Ebbene, inquadrato in questo sfondo, il pensiero del giurista severiano si presta secondo noi a essere compiutamente chiarito – come in Paul Sent. 1.17.1 – sempre alla luce dell'ipotesi di un'originaria *usucapio* estintiva delle più antiche servitù rustiche.

È evidente infatti che tale usucapione, proprio in forza del divieto della *lex Plautia*, non avrebbe potuto operare nel caso di cui discutiamo – con la conseguente conservazione della servitù in capo al titolare – in quanto viziata da un'origine violenta del possesso come libero della striscia di terreno destinata al passaggio, data la supposta espulsione del proprietario del fondo dominante.

Ma una siffatta soluzione non poteva più valere all'epoca di Paolo per le due ragioni che questi adduce: essendo ormai una *res incorporalis* – al pari di ogni altra servitù – la *servitus viae* non poteva più formare oggetto di possesso, base dell'usucapione; né si poteva concepire un'espulsione da un'entità immateriale.

Di qui l'opposta decisione della perdita della *via* per il fatto in sé del non uso, subentrato all'usucapione quale modo autonomo di estinzione dei *iura praediorum rusticorum*.

Non escluderemmo anzi che Paolo contrapponesse il nuovo regime a quello più antico in quanto quest'ultimo era ancora quello in vigore al tempo in cui fu varata la *lex Plautia*, che egli commentava.

⁹¹ In tal senso v. F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 163, che richiama in particolare l'attenzione sulla frase '*nec possideri intelligitur ius incorporale*': «La puntualizzazione che non si può possedere il diritto di passaggio in quanto *res incorporalis* ... non mi sembra costituisca una valida giustificazione per l'estinzione del diritto non esercitato».

⁹² D. 41.3.4.22-27(28) (Paul. 54 *ad ed.*) = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, Paul. 674, col. 1071.

⁹³ V. Gai 2.45; D. 41.3.33.2 (Iul. 44 *dig.*); I. 2.6.2; PT. 2.6.2.

⁹⁴ Sul problema della sua datazione v. più in dettaglio la letteratura a cui rinviamo in *Occupazione clandestina e 'lex Plautia de vi'*, 285 s., nt. 19, in questo volume di AUPA.

Da un lato, infatti, fino all'ultima età repubblicana l'originaria concezione materialistica delle servitù rustiche, che della loro *usucapio* costituiva il presupposto, non parrebbe del tutto superata;⁹⁵ e dall'altro il non uso non è attestato prima di Servio Sulpicio Rufo.⁹⁶

In conclusione, quindi, si potrebbe assumere la *lex Plautia* come il termine *post quem* dell'introduzione dell'istituto e supporre che esso abbia avuto i suoi natali magari proprio ad opera di Servio.⁹⁷ Ma soprattutto – vera o no tale ipotesi – è l'idea di fondo del Grosso che diremmo a questo punto comprovata.

⁹⁵ Tanto si evince a nostro avviso da Cic., *pro Caec.* 26. 74, in cui ci sembra attestata (v. G. D'ANGELO, *XII Tab.* 6.3, cit., 266 ss.) un'usucapione costitutiva di tali servitù.

⁹⁶ V. *supra*, nt. 50.

⁹⁷ In tal senso v. O. BEHREND, *Die lebendige Natur eines Baumes*, cit., 2 nt. 3, 24 ss., seguito da C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., spec. 252 s., ma nel quadro di una generale ricostruzione dei rapporti fra *non usus* e *usucapio libertatis* che non ci persuade.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it

Finito di stampare nel mese di Dicembre 2012
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Pa)

